

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/06 E O DEBATE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

THE UNCONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 28 OF LAW 11.434/06 AND THE DISCUSSION OF THE DECRIMINALIZATION OF DRUGS FOR OWN CONSUMPTION

*Flávia Holz Angst; Fabíola Thiele; Nicole Beatriz Juárez Dillenburg; Sandy Thaís Giehl;
Caroline Zimmer Munchen*

Acadêmicas do curso de Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo IESA/CNEC - RS.

E-mails: angstf@ymail.com; fabiolathiele@hotmail.com; nicole.dillenburg@hotmail.com; sandygiehl@hotmail.com; zimmer.caroline@hotmail.com.

Vera Maria Werle

Possui Licenciatura Plena em Letras pelo Centro Integrado de Ensino da Furi Campus de Santo Ângelo e graduação em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo/IESA. Mestre em Desenvolvimento, Gestão e Cidadania pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Professora titular do IESA Santo Ângelo nos cursos de graduação e pós-graduação. E-mail: verawerle@brturbo.com.br. Endereço do CV: <http://lattes.cnpq.br/5820235090977579>.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo promover o debate acerca da descriminalização do porte de drogas para consumo próprio, que é tratada no art. 28 da Lei nº 11.343/06. Para discussão do tema, abordou-se num primeiro espaço a liberdade do indivíduo como interesse individual, para na sequência tratar acerca do art. 28 e as medidas alternativas cominadas para quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo drogas para consumo pessoal, assim como a diferenciação do tráfico e posse e a inconstitucionalidade do referido art. sob a ótica dos princípios constitucionais. Traz ainda as experiências internacionais como direito comparado da questão da descriminalização das drogas, assim como o debate nacional que tramitou no STF no ano de 2015 para uma possível descriminalização. Os resultados do estudo possibilitam considerar que na medida em que o Estado interfere na liberdade e autonomia da pessoa de agir de acordo com sua vontade, está ferindo o princípio constitucional da autonomia, dignidade da pessoa humana, isonomia, intimidade e liberdade do indivíduo, defendendo que o Estado e a sociedade apenas devem interferir quando a ação possa causar dano à terceiro.

Palavras-chave: Drogas. Descriminalização. Inconstitucionalidade. Consumo próprio. Liberdade.

ABSTRACT

This work aims to promote the debate about the discrimination of drugs possession for own consumption, according with the Law nº 11.343/06 article 28. For the topic discussion, in a first moment miscarried the freedom of the individual as an individual interest, in sequence to treat about article 28 and alternative measures comminated for those who purchase, keep, have on deposit, move or bring with yourself drugs for own consumption, as well as the differentiation of traffic and possession and the unconstitutionality of this article from the perspective of constitutional principles. It also brings international experience as comparative law the issue of decriminalizing drugs, as well as the national debate which was processed in STF in 2015 for a possible decriminalization. The study results allowed to consider that once the State interferes on freedom and autonomy of the person to act according to his will, it is hurting the principle constitutional of autonomy, dignity of human person, isonomy, intimacy and individual freedom, arguing that the State and the society should only interfere when the action may cause damage to the third.

Keywords: Drugs. Decriminalization. Unconstitutionality. Own Consumption. Freedom.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O porte de drogas para consumo próprio é pratica ilegal perante o ordenamento jurídico brasileiro. Faz-se necessário trazer à tona o debate acerca da proposta de descriminalização. Tal discussão inicia tratando da liberdade do indivíduo. Bem indisponível e irrenunciável, que cria uma esfera em que nem a sociedade como um todo e nem o Estado podem intervir. Fazendo assim com que o indivíduo possa agir como lhe convir, desde que não cause danos à terceiro.

Abordar-se-á a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei Nº 11.343/06, que versa sobre medidas alternativas aplicadas a quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo drogas para consumo pessoal, apontando que a referida lei fere os princípios constitucionais, entre eles, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), a pluralidade (CF, art.1º, V), intimidade (CF, art. 5º, X), a isonomia (CF, art. 5º, caput) e a liberdade do indivíduo. Versando-se ainda, na seara internacional, aqueles países onde as drogas já foram legalizadas, como Uruguai, Holanda, Portugal e Estados Unidos. Com base nisso será examinado as experiências de cada um, como meio para se chegar a um modelo mais condizente com a realidade social, econômica e cultural brasileira.

No que se refere à ilegitimidade tratada nesse trabalho, se debaterá acerca da limitação da autonomia do homem que acaba sendo imposta pelo Poder Público. Defendendo aquilo que diz respeito tão somente ao próprio usuário, como seu poder de escolha, sua vontade e a capacidade de pleno exercício, quando maior de idade. Cabendo restrições do Direito Penal apenas quando se tratar de condutas que afetam relevantemente, bens jurídicos de terceiros. E

por fim, analisar-se-á o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à descriminalização das drogas para consumo pessoal. Enfatizando o parecer do Ministro Gilmar Mendes que se mostra favorável ao assunto.

1 A LIBERDADE COMO INTERESSE INDIVIDUAL

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, foi o documento que iniciou o debate sobre os direitos humanos. A crueldade ocorrida durante o genocídio posto pelo nazismo na Segunda Guerra Mundial foi o que contribuiu para que fossem desenvolvidos meios para a proteção dos direitos humanos. A partir desses importantes marcos é que houve o reconhecimento de que as liberdades fundamentais devem ser aplicadas a todos os cidadãos, sem distinções. O direito a liberdade vem previsto constitucionalmente, denotado no capítulo da Constituição Federal de 1988 que trata dos direitos fundamentais.

A liberdade é um direito individual inviolável de poder do homem de fazer ou deixar de fazer qualquer coisa que não prejudique a sociedade. Eduardo Prado de Mendonça (1977) afirma que o liberalismo traz como ideia fundamental que o homem como indivíduo é autossuficiente, sendo que, acha em si mesmo a origem de seus atos e sua lei. Segundo Norberto Bobbio, “por liberalismo entende-se uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de social.” (1994, p.7).

Benjamin Constant, em seu famoso discurso proferido no Ateneu Real de Paris em 1819, traz uma comparação entre a liberdade dos antigos e a dos modernos, afirmando que a liberdade dos antigos dizia respeito ao exercício coletivo e à soberania nas questões públicas. Já na liberdade dos modernos, o indivíduo é independente na vida privada, como o direito de ir e vir, opção religiosa, opinião.

A ideia principal da liberdade moderna é afirmada por John Stuart Mill, de que os indivíduos devem ser livres para formar e expressar suas opiniões sem resguardo. Nesse sentido, ele defende que as ações das pessoas, que dizem respeito a si mesmo, possuem independência e não dizem respeito a outrem, ou seja, o Estado e sociedade tem um limite para a interferência, e a intervenção somente deve ser feita no caso de ameaça ou lesão a terceiros.

Tão logo qualquer parte da conduta de uma pessoa afete prejudicialmente os interesses dos outros, a sociedade terá jurisdição sobre tal, e a questão do bem-estar geral ser ou não despromovido por sua interferência, torna-se aberta à discussão. Mas não há nenhum espaço para abrigar tal questão quando a conduta de uma pessoa não afetar os interesses de outras pessoas além dela própria, ou não precisar

afetá-las a menos que elas queiram (todas as pessoas envolvidas estando na maioridade, e com uma quantidade média de compreensão). Em todos esses casos, deve haver liberdade perfeita, legal e oficial, para realizar a ação e suportar as consequências. (MILL, 2006, p.108).

Nesse entendimento, o próprio bem físico ou moral não contam, pois ninguém pode ser obrigado a agir de certo modo por ser o mais adequado ou porque na opinião da sociedade é o correto. A única conduta que diz respeito à sociedade e ao Estado é a que traz dano aos demais membros da sociedade, como finalidade de autoproteção. Afirma-se a liberdade como capacidade de autodeterminação, no sentido de que a pessoa pode nortear sua vontade na direção que lhe convir, sem ser deliberada pela vontade de outros. Fernanda Borghetti Cantali afirma que

[...]a liberdade deve ser entendida como o poder de autodeterminação que a pessoa exerce sobre si mesma, autorregulamentando seu corpo, seus pensamentos, seus comportamentos, sua vontade, tanto na ação como na omissão, determinando os valores que são válidos para si próprio, trata-se de um bem juridicamente tutelado em sua natureza, admitindo as direções e escolhas feitas pelo próprio titular. (2009, p. 210).

A liberdade de agir de acordo com sua vontade é o que se liga com o princípio da autonomia, que embora apareça nas questões patrimoniais, como a faculdade de se autodeterminar de acordo com os interesses pessoais, livre de coações externas. Maria Helena Diniz (2009) conceitua essa autonomia da vontade como “poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.” Mill (2006) traz essa autonomia afirmando que “sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo, o indivíduo é soberano”, ou seja, a autonomia da pessoa é por direito absoluta, pois o que se refere a si mesmo a pessoa é autossuficiente.

Fábio Konder Comparato (2010) afirma que o princípio do tratamento da pessoa de acordo com sua vontade não provoca apenas o dever negativo de não prejudicar alguém, mas, além disso, o dever positivo de agir com o escopo de beneficiar a felicidade de outrem, e, isso traz o melhor argumento no reconhecimento acerca dos direitos e liberdades individuais e dos direitos humanos, no que tange à realização de políticas públicas de cunho econômico e social e de liberdade de pensamento e consciência, conforme enunciado nos arts. XVIII e XXII da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

2 ARTIGO 28 DA LEI 11.343 DE 23-08-2006 - LEI DE DROGAS

A lei 11.343, conhecida como lei de drogas, que entrou em vigor em 08 de outubro de 2006 revogou as Leis nº 6.368/76 e nº 10.409/02, que se referiam também ao combate e

repressão ao consumo e tráfico de drogas. Desde 1976 o uso dessas substâncias tóxicas era tratado como objeto de uma conduta criminoso a ser repreendida pelo Estado, caráter que não se deixou para trás mesmo com o advento da lei nova. A diferença entre ambas as leis, está tipificada na exclusão da pena privativa de liberdade, que anteriormente era pactuada entre 06 meses a 02 anos de prisão cumulada com pena de multa. A lei de drogas do ano de 2006 visa corrigir o indivíduo baseada em penas alternativas, conforme citado em seu art. 28:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I- advertência sobre os efeitos das drogas;

II- prestação de serviços à comunidade;

III- medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados, sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o *caput*, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I- admoestação verbal;

II- multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Acerca da posse e o tráfico de drogas há uma diferença a ser considerada, a posse é determinada pelo controle ou guarda física da droga determinada ilegal, sem a intenção de distribuí-la, conforme afirma Abel F. Gomes e Marcello Granado “[...] é conceito que se dirige ao indivíduo que utiliza a droga pessoalmente, sem que tal uso lhe tenha sido indicado pelo profissional da medicina, o que o torna clandestino em face da proibição legal” (2006, p.4)

Todavia o tráfico consiste no ato real de fazer a entrega da droga ilegal a outrem, ou seja, a venda/distribuição da mercadoria ao seu “consumidor”. Abel F. Gomes e Marcello Granado prescrevem que “o traficante, que é aquele sujeito que comercializa ou, de qualquer

forma, facilita, possibilita ou contribui para a disseminação da droga na sociedade, ainda que gratuitamente e com vistas a qualquer fim [...]” (2006, p.7)

De acordo com Luiz Flávio Gomes (2006), a nova lei de droga afasta a pena de prisão incluindo uma série de medidas alternativas como forma de punição, mas a conduta descrita no art. 28 da Lei 11.343/2006 continua sendo ilícita porque não houve uma legalização da droga. Para o autor, a posse de drogas para uso pessoal se encaixa na modalidade do delito de posse, uma categoria penal singular dentro do Direito Penal.

Sobre o art. 28, Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi (2007), alegam que não houve despenalização nem *abolitio criminis* da conduta de trazer ou adquirir drogas para consumo pessoal, assim como não a transformou em contravenção. O que ocorreu foi o abrandamento com a exclusão das penas privativas de liberdade substituindo-as por penas alternativas conforme elencadas nos incisos do art., mas a conduta continua incriminada.

Para Luiz Flávio Gomes e Rogério Cunha Sanches, houve descriminalização e despenalização, pelo fato do art. não prever pena de reclusão ou detenção.

Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal *sui generis*. (GOMES; SANCHES, 2007, s.p.)

Segundo o jurista Hans Kelsen (1998), a conduta que estiver em desacordo com a lei será punida pelo Direito ou sancionada de acordo com o julgamento feito a partir de um comportamento ilegal. Em meio a isso, a pena não deixa de ser um castigo, imposto pelo Estado a partir da prática de uma ação ou omissão do indivíduo.

3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343 SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS REGENTES DA VIDA HUMANA

Já há algum tempo vem se questionando a inconstitucionalidade do tipo penal da posse de drogas para uso próprio, configurado no art. 28 da Lei 11.343/06. A inconstitucionalidade referida nesse trabalho prega a violação dos princípios que norteiam nosso ordenamento jurídico, bem como as relações da vida humana, colocados a risco no próprio art. citado acima. Entre eles, a dignidade da pessoa humana, definida como autodeterminação do indivíduo para que este seja capaz de desenvolver um estilo de vida autônomo, sendo algo

inerente a ele, irrenunciável e inviolável. Até o pior dos criminosos é portador desse valor, não o desmerecendo por suas características. (CF, art. 1º, III); a pluralidade, abrangendo e resguardando os mais diferentes estilos de vida, com tolerância e respeito. (CF, art.1º, V); a intimidade, dando-se respeito também a privacidade que cada ser humano tem, de fazer as suas escolhas, cabíveis apenas a ele. (CF, art 5º, X) e isonomia, onde todos são iguais perante a lei. (CF, art. 5º, caput).

A nova lei antidrogas deixou de lado a pena privativa de liberdade para impor medidas socioeducativas, afrontando grande parte do art. 5º da constituição vigente em nosso país.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Sendo assim, por se tratar de algo que não exceda os danos a ninguém mais além do próprio autor, o acusado por posse de drogas deveria ser declarado absolvido, perante o inciso III do art. 386 do CPP. Enquanto há apenas destinação pessoal, a conduta se torna privada, não podendo ser tratada como crime, porque se presume apenas a autolesão. Criminalizar essa conduta fere a liberdade individual, a intimidade e a vida privada.

John Stuart Mill (2006), em seu livro *Ensaio Sobre a Liberdade*, deixa referenciado que a única parte da conduta de qualquer pessoa, pela qual esta submissa à sociedade é aquela que concerne aos outros. O Estado está limitado a não interferir nas escolhas feitas pelo cidadão quando incabíveis a alheios, não o tratando de forma desigual por fazer-se uso da substância entorpecente, afinal, essa prática não exclui que demais não exerçam também como forma de bem-estar.

Entendemos, ainda, que o artigo 28 da Lei 11.343/06, bem como a Lei 11.343/06 em sua integralidade, implica violação ao princípio da igualdade, uma vez que estabelece distinção de tratamento penal a drogas ilícitas e não-penal a drogas lícitas, com efeitos psicotrópicos mais lesivos que muitas drogas ilícitas, a exemplo do tabaco e das bebidas alcoólicas. A variabilidade da natureza do ilícito tornaria, portanto, a opção criminalizadora essencialmente moral. Filiamo-nos ao entendimento de que o Direito Penal, em razão de seu reconhecido caráter subsidiário, já que manifesta a sua ineficiência como o único meio de controle social, deve ser restrito a hipóteses excepcionais de desvio. (LEITÃO, 2008, p.20)

A liberdade do indivíduo não pode ser limitada, quando simplesmente, não fere bem jurídicos de terceiros (princípio da alteridade) não podendo ser punido ou tratado de forma diferente por esse motivo.

O uso do direito penal para inibir o uso de drogas somente seria legítimo – do ponto de vista do sistema constitucional pátrio – se justificado pela necessidade de proteger algum bem jurídico imprescindível à garantia da dignidade humana. Não é o que parece ocorrer, [...] (BOTTINI, 2015, p.16).

Mesmo que o Estado alegue punir esse indivíduo, usuário de drogas, com base na ameaça à saúde pública, John Stuart Mill já cita: “cada um é guardião de sua própria saúde, quer do corpo, mente e espírito.” (2006, p. 28). Cada um tem de buscar a sua maneira de viver, desde que não afete a liberdade de terceiro.

O principal problema a ser combatido com a legalização do porte e posse de drogas, além da inconstitucionalidade aludida na lei de drogas, é a correção ao tráfico. É necessário repreender o mercado ilegal das drogas, para que o perigo não alcance terceiros. Em meio a isso, a liberação do porte para uso pessoal teria a função de repressão ao tráfico de drogas. Se não houver mercado consumidor, não haverá também mercado clandestino. Natália Droichi Almeida afirma que

o governo deve encontrar uma forma de controlar o uso da maconha e não apenas proibi-la, pois, assim fazendo, não impede que as pessoas se arrisquem indo em busca da droga nas mãos dos traficantes. O problema maior a ser discutido é o tráfico de drogas e não o que cada particular pode fazer contra si próprio. (2008, s.p.).

Percebe-se que o uso/posse de drogas não entra no âmbito criminal, mas sim em políticas públicas, tendo o Estado, apenas o papel de conscientizar a população, desde o mais pobre ao mais rico. Preocupando-se em orientar na saúde pública, quando o usuário, por vontade própria, sentir necessidade de tratamento psicoativo. Deve-se fazer uso do Direito Penal, apenas em casos graves, que acarretam danos ao corpo social, que exigem um tratamento severo em relação aos demais.

4 A DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS NA SEARA INTERNACIONAL

Foi no preâmbulo da Convenção Única sobre Entorpecentes, adotado pela ONU em 1961, que ficou expresso a absoluta proibição do uso e comércio de drogas. Na época vários países, principalmente os Estados Unidos e alguns países asiáticos, abraçaram o espírito proibitivo da política repressiva da Convenção. Passados quase 50 anos dessa Convenção, as políticas repressivas não surtiram o resultado esperado. Luciana Boiteux analisa alguns exemplos de países europeus que mudaram suas políticas em relação às drogas.

Em sentido contrário ao texto da Convenção, nos últimos anos, porém, vários países europeus, notadamente Portugal e Espanha, têm pautado sua política criminal pela descriminalização ou despenalização do usuário de drogas. Mesmo tendo ratificado a Convenção em tela, a Holanda, embora ainda mantenha em suas leis a incriminação do uso, em decorrência das obrigações internacionais assumidas, tolera, na prática, tanto a posse como o próprio comércio de *cannabis* em pequena quantidade, em locais próprios, conhecidos como *coffee shops*, que possuem licença especial para essa finalidade (BOITEUX, 2009, p.31) [grifo do autor].

Ainda segundo a mesma autora, a política proibitiva manteve-se explícita em todos os modelos de sistemas de combate das drogas, apesar do seu fracasso. Pois os países que defendem essa política, são países potências e assim tratam de influenciar países periféricos. Todavia, o continente europeu continua no propósito de implementar políticas alternativas, de redução de danos. Os exemplos de Portugal, Espanha e Holanda nos trazem tipos de políticas criminais que devem ser estudadas.

O Brasil, como de costume, encontra-se atrasado em relação a outros países na questão da descriminalização do uso de drogas. Há pouco tempo que começou-se a debater esse assunto, sendo assim, o Brasil necessita analisar as experiências internacionais, para então renovar sua política antidrogas. A revista *Em Discussão*, do Senado Federal, reflete o fato de que “[...]cada país tem suas especificidades social, cultural, econômica e étnica, que precisam ser respeitadas e que alteram a forma de encarar a questão” (2011, p.78). A mesma revista também aponta sobre a proposta de modelo português, que “Na área das políticas públicas é a vedete do momento em termos do que está sendo estudado. É uma experiência diferente, mas mais próxima da nossa cultura” (2011, p.78).

Portugal foi um dos primeiros países da Europa a adotar a política de redução de danos. Desde o início da implantação dessa nova política, a diferença entre aquele que é usuário de drogas e aquele que trafica, ficou claramente expressa.

Em julho de 2001, Portugal se tornou o primeiro país da Europa a descriminalizar o uso de drogas. Elas continuam proibidas, mas seu consumo não é mais crime. Por lei, o usuário agora é considerado doente crônico que precisa de tratamento, mas há sanções penais para traficantes e produtores. (SUBCOMIÇÃO, 2011, p.79).

Notadamente, depois de aderir a política de redução de danos, Portugal tem apresentado o êxito de sua experiência com uma significativa redução de números, no que diz respeito as mortes relacionadas ao uso de drogas. De acordo com Marcelo Moura, pela revista *Época*, Portugal

Legalizou todas as drogas para consumo próprio, adotou parâmetros claros para distinguir usuário de traficante e deu ênfase ao tratamento de saúde dos dependentes. Desde então, obteve redução do número de mortes por uso de drogas. Eram 80 casos, em 2001. Caíram para 16, em 2012. (MOURA, 2015, p.49).

A Holanda é considerada pioneira na descriminalização das drogas, a concepção do seu modelo tem em conta que não existe uma única solução para o problema das drogas. A partir desse pensamento que a política repressiva e seus resultados questionáveis foram deixados de lado. A Holanda então assumiu um posicionamento de controle das drogas e de redução de danos. De acordo com a revista *Em Discussão*, “A legislação sobre drogas é de 1976 e tem como base a diferenciação entre drogas de risco aceitável daquelas de risco

inaceitável para a saúde e para a segurança pública” (2011, p.80). A mesma revista aponta que “Apesar de ato tecnicamente ilegal por conta dos tratados internacionais assinados pelo país, quem é pego com até cinco gramas de *cannabis sativa* não é punido” (2011, p.80) [grifo do autor].

Algo muito comum na Holanda é a presença de bares e cafés, mais conhecidos como *coffee shops*, por toda a parte. Esses *coffee shops* podem vender até cinco gramas de maconha ou *haxixe* e o consumo dentro desses locais é tolerado. Porém usar e vender essas substâncias fora desses recintos, em lugares públicos, é proibido e punido. O mesmo se aplica para a posse, o comércio e a produção de todas as outras drogas, que são expressamente proibidas e reprimidas com eficiência. E em razão disso que a média de consumo de drogas na Holanda é inferior à do restante do continente.

Todavia, recentemente foi criada uma nova lei que proíbe os *coffee shops* de vender maconha para não residentes. Conforme o jornal O Globo, a lei foi criada na intenção de diminuir a grande circulação de turistas alterados pelo consumo da droga. Mas uma consequência dessa proibição foi o aumento de vendedores de rua.

Desde que as lojas passaram a regular mais a venda, o número de estrangeiros caiu, mas ao invés de mais tranquilidade, o que aumentou foi o clima de insegurança, com vendedores agressivamente oferecendo drogas e disputando por clientes nas ruas. (ENQUANTO..., 2014, s.p.)

Exemplos recentes que descriminalizaram o uso de maconha são o Uruguai e o Colorado, Washington, Alasca e Oregon. Cristiane Segatto sustenta que a liberação da maconha pode se tornar uma vigorosa indústria e que é esse o fenômeno que ocorre nos Estados Unidos onde “[...] adultos acima de 21 anos podem comprar maconha comestível para uso recreativo. São pirulitos, barras de chocolate, balas, cookies” (2015, p.55).

Mas foi o Uruguai, que de todos os exemplos, foi mais longe quando descriminalizou a maconha. Segundo Marcelo Moura “O Uruguai adotou a política mais ousada do mundo. Legalizou não só o consumo, mas também o cultivo caseiro da maconha, e estuda a instalação de uma rede de farmácias para a comercialização da droga” (2015, p.49). Desde dezembro de 2013, o consumo e o cultivo foram liberados e clubes para o cultivo coletivo da maconha foram criados. Uma pessoa registrada pode ter em casa até seis pés de maconha e um clube com até 45 sócios pode ter até 99 pés da planta.

O Uruguai tem avançado a passos lentos por causa de sua excessiva burocracia, mas nos quase três anos de descriminalização vários resultados já são visíveis. Conforme estudo abordado pelo jornal Zero Hora, “O sexto levantamento nacional sobre o consumo de droga em domicílios sugere que 9,3% da população usou maconha nos últimos 12 meses, em

comparação a 8,3% em 2011, o menor aumento contabilizado em 14 anos” (2015, s.p.). Sintetizando, o estudo aponta que mesmo após a liberação do consumo da maconha esse mínimo aumento do uso da droga é um bom sinal.

Até o presente momento, o Paraguai é um dos melhores exemplos a se seguir, pois exatamente como afirma Marcelo Moura, “Os outros lugares que liberaram a droga, como Holanda, Portugal e parte dos Estados Unidos, vivem uma inconsistência lógica, ou hipocrisia: permitem consumir, mas proíbem cultivar. De onde vem a erva, ninguém sabe, ninguém viu” (2015, p.51). Com todos esses exemplos se espera que o Brasil examine essas experiências minuciosamente, sem preconceitos, para de olhos limpos poder escolher.

5 A DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL E A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Salo de Carvalho (1996) em seu livro “A Política Criminal de Drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização”, traz como um dos objetivos principais identificar a necessidade da descriminalização e/ou alternativas para a criminalização da política de drogas no nosso país, afirmando que

[...] a descriminalização pode ser apontada, desde a perspectiva alternativa, como um dos requisitos fundamentais para o respeito e tutela dos direitos e garantias de primeira (direitos individuais), segunda (direitos coletivos) e terceira geração (direitos difusos). (1998, p. 231)

Paulo Queiroz, sobre a descriminalização, aduz que

descriminalizar é abolir a criminalização (tipificação), tornando a ação jurídico-penalmente irrelevante; já a despenalização – expressão um tanto imprópria – é a substituição (legislativa ou judicial) da pena de prisão por apenas de outra natureza (restritiva de direito etc.). Portanto, se com a descriminalização o fato deixa de ser infração penal (crime ou contravenção); com a despenalização a conduta permanece criminosa. (2010, s.p.)

No ano de 2015, o Supremo Tribunal Federal abriu o debate sobre a descriminalização da Cannabis (maconha) no Brasil, por conta de um Recurso Extraordinário de nº 635.659 interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, e teve como base o artigo 5º de nossa Constituição Federal, que torna inviolável a intimidade, vida privada, e honra das pessoas, visando que se tornasse inconstitucional a pena aplicada ao artigo 28 da Lei de Drogas.

O relator do presente Recurso Extraordinário foi o Ministro Gilmar Mendes, que com os Ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Edson Fachin, haviam apresentado seus votos, sendo eles favoráveis a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, absolvendo a

acusação ao réu que originou o mencionado Recurso por atipicidade da conduta após ter sido flagrado com três gramas de maconha. Porém, não há previsão de quando o tema voltará à pauta do STF novamente, pois o julgamento encontra-se suspenso após o pedido de vista do Ministro Teori Zavascki.

Atualmente o direito penal brasileiro está sob o marco de garantias constitucionais, e segundo alguns juristas, criminalizar a(o) cidadã(o) por optar usar substâncias proibidas é inconstitucional, por ferir princípios declarados pela Constituição Federal brasileira de 1988. (MARTINS, 2015). Nesse sentido, a discussão do assunto no STF leva em conta o reconhecimento que proibir o uso de drogas ao cidadão é um ato de intervenção do Estado sobre a liberdade individual.

Um dos pontos mais abordados e discutidos sobre o tema é a não diferenciação entre o uso para consumo próprio e o tráfico. Nesse sentido, o consumo pessoal da maconha não pode ser baseado ao Princípio da Proporcionalidade, como uma política de criminalização. Luiz Edson Fachin, durante sua argumentação, expôs que “parece inevitável exigir que se adotem parâmetros objetivos de quantidade que caracterize o uso de droga”. (LEGALIZE..., 2016). Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes, destacou que não há estudos que comprovem e revelem que a proibição é o meio mais eficiente no combate ao tráfico, pois, ao contrário, o aumento do tráfico nos últimos anos é notório (RAMALHO, 2015) e, que é necessário a realização de pesquisas específicas para moldar um padrão fixo de parâmetros quantitativos para a distinção de uso e tráfico dizendo que

não há como negar que a adoção de critérios objetivos para a distinção entre uso e tráfico, fundados no peso e na natureza da droga apreendida, e às vezes até em seu grau de pureza, é medida bastante eficaz na condução de políticas voltadas a tratamento diferenciado entre usuários e traficantes. (RESUMO..., 2015, s.p.)

Já Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi afirmam que,

a quantidade de droga, não se nega, é fator importante, mas não pode ser exclusivo, devendo, pois, o juiz apreciar as demais circunstâncias que envolvem o delito, tais como o local, e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como a conduta e os antecedentes. (GRECO; RASSI, 2007, p.48).

De acordo com Luiz Flávio Gomes (2015), o principal problema a resolver, é descriminalizar a conduta do usuário de drogas e para isso, faz-se luz ao princípio da alteridade, que cita a importância de tratar uma conduta como crime quando prejudica bem jurídicos de terceiros.

Uma última observação: descriminalizar o “usuário” é retirá-lo do campo penal. É dizer que o usuário não é um criminoso. Mas a droga, nesse caso, continua ilícita. Hoje existem três posicionamentos sobre o tema: (a) do próprio STF que diz que o usuário é criminoso; (b) posição intermediária minha no sentido de que a

posse de drogas para uso próprio seria um ilícito penal *sui generis* (hoje já não penso dessa maneira) e (c) o pensamento de Alice Bianchini no sentido de que já houve a descriminalização. (GOMES, 2015, s.p.).

Diante do exposto, no entender de Luiz Flávio Gomes (2006), não é mais considerado crime a posse de drogas para consumo pessoal, pelo motivo de serem aplicadas penas alternativas no lugar da pena de prisão, mas, não excluindo o caráter ilícito do fato, sendo uma infração *sui generis*, contrária ao direito. No entanto, o Supremo Tribunal Federal entende que houve apenas uma despenalização, além de que, o art. 28 se encontra no capítulo com o título “dos crimes e das penas”, então, pode-se afirmar que o legislador ainda quer definir como crime a prática de portar drogas para consumo pessoal. Posto isso, Queiroz afirma que

ao não cominar a pena privativa de liberdade, o art. 28 não implicou *abolitio criminis*, mas simples despenalização, isto é, manteve a criminalização, mas optou por vedar a pena privativa da liberdade. (2010, s.p.).

Nesse sentido, em seu voto o ministro Gilmar Mendes destacou que a descriminalização não é o mesmo que legalização ou liberação das drogas, que continua sendo repreendida por medidas legislativas sem natureza penal. (NOTÍCIAS..., 2015). Mencionou também, que não será difícil verificar uma maior efetividade nas medidas, afastando a natureza criminal das referidas medidas penais previstas no artigo 28, para o âmbito civil, por meio de práticas mais adequadas com as complexidades que o tema envolve. Contudo, ainda permanece a possibilidade da prisão no caso de posse, quando o agente policial entender que a conduta se qualifica como tráfico, resultando assim na prisão em flagrante do indivíduo e, apresentação imediata do preso ao juiz, para que este faça a distinção, até que se tenham normas específicas para maior objetividade e enquadramento aos fatos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das considerações abordadas no presente trabalho, é possível afirmar que punir o usuário de drogas se configura uma inconstitucionalidade, pois, a política criminal ao proibir, interfere na esfera privada da liberdade e autonomia do indivíduo, violando princípios constitucionais. O direito à liberdade do indivíduo é prevista em lei, no que se refere aos direitos fundamentais do indivíduo. Sendo assim, o Estado não deve intervir em questões individuais, salvo para evitar dano a terceiros.

Visto que punir o usuário trata-se de uma inconstitucionalidade, o Estado deve passar a preocupar-se não com medidas socioeducativas para o indivíduo usuário, que o pune sem mesmo ferir outrem, mas sim em tratar com igualdade todos aqueles que desejam viver da forma que lhe convém, reconhecendo a soberania da pessoa humana, que sobre si mesmo é soberana. O usuário, ou portador do entorpecente, deve ser respeitado por sua vontade, segundo o princípio da pluralidade e da isonomia, e deve ser criminalizado apenas quando prejudicar bens jurídicos e terceiros.

A lei que regulamenta o tema exibido nesse artigo, não difere o usuário do traficante, então, pela falta de critérios objetivos na distinção, na prática há muitos usuários dentre a população carcerária, enquadrados como traficantes quando na realidade são apenas consumidores de drogas. Diante disso é necessário haver uma distinção entre usuário e traficante. Tendo em vista que o proibicionismo total à política de drogas não trouxe o resultado esperado, o Brasil precisa mudar as políticas referentes às drogas, trazendo ações educacionais e preventivas, além de adotar a criminalidade apenas para o tráfico de drogas, através de políticas públicas que causem repressão a esse mercado ilegal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Natália D. *Discussão sobre a legalização da maconha*. 2008. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6611/Discussao-sobre-a-legalizacao-da-maconha>>. Acesso em: 11 de Junho de 2016.

CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização*. Rio de Janeiro: Luam, 1996.

COMPARATO, Fábio K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7 ed. São Paulo: Saravia, 2010.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 14 jun. 2016.

_____. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 14 de jun. 2016.

BOITEUX, Luciana, WIECKO, Ela (Coord.) et alli. *Tráfico de drogas e Constituição*. Série Pensando o Direito. Brasília (Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça), n. 1, 2009.

BOTTINI, Pierpaolo C. *Porte de drogas para uso próprio e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Viva Rio, 2015.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 6 ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

CANTALI, Fernanda B. *Direitos da personalidade: Disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CONSTANT, Benjamin. *A liberdade dos antigos comparada á dos modernos*. 1819. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em 29 mai. 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ENQUANTO EUA avançam, Holanda reduz liberalização da maconha. Jornal O Globo, São Paulo, 2014. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/mundo/enquanto-eua-avancam-holanda-reduz-liberalizacao-da-maconha-11815890>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

GOMES, Abel Fernandes; GRANADO, Marcello. *Nova lei antidrogas: Teoria, crítica comentários a lei n 11.343/06*. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. 2006. *Nova lei de drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal*. Jus Navegandi. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/9180/nova-lei-de-drogas>>. Acesso em 15 jun. 2016.

_____. 2015. *STF dirá que “usuário” de drogas não é criminoso?* Disponível em: <<http://luizflaviogomes.com/stf-dira-que-usuario-de-drogas-nao-e-criminoso/>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

_____, SANCHES, Rogério C. 2007. *Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal “sui generis” ou infração administrativa?* Disponível em: <<http://migalhas.com.br/dePeso/16,MI34439,41046-Posse+de+drogas+para+consumo+pessoal+infração+penal+sui+generis>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João D. *Lei de Drogas anotada: Lei n. 11.343/2006*. São Paulo: Saraiva, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEITÃO, Luciana B., 2008. *Das inconstitucionalidades do artigo 28 da lei 11.343/06 e do direito à saúde: análise da realidade do distrito federal*. Disponível em: http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/luciana_Bertini.pdf. Acesso em: 4 ago. 2016.

LEGALIZAÇÃO não aumentou o consumo de maconha no Uruguai, diz estudo. Jornal Zero Hora, Porto Alegre, 2015. Disponível em: < <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/planeta-ciencia/noticia/2015/06/legalizacao-nao-aumentou-consumo-de-maconha-no-uruguai-diz-estudo-4779552.html>> Acesso em: 19 jun. 2016.

LEGALIZE já! Revista Galileu, São Paulo, ed. 295, p. 8-9, fev. 2016.

MARTINS, Fernanda. 2015. *O Supremo Tribunal Federal e a votação sobre a descriminalização do uso de drogas no Brasil*. Disponível em: <<http://conselheiros7.nute.ufsc.br/o-supremo-tribunal-federal-e-a-votacao-sobre-a-descriminalizacao-do-uso-de-drogas-no-brasil/>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

MENDONÇA, Eduardo Prado de. *A construção da liberdade*. São Paulo: Convívio, 1977.

MILL, John Stuart. *Ensaio sobre liberdade*. São Paulo: Escala, 2006.

MOURA, Marcelo. *Uma trilha radical*. Revista Época, São Paulo, n.897, p.51-53, ago. 2015.

MOURA, Marcelo; UTSUMI, Igor; VISCONTI, Harumi. Drogas: Reprimir não funciona, *Revista Época*, São Paulo, n.897, p.46-49, ago. 2015.

NOTÍCIAS STF. 2015. 20 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298109>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

QUEIROZ, Paulo. 2010. *Posse de droga para consumo pessoal: descriminalização ou despenalização?* Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/posse-de-droga-para-consumo-pessoal-descriminalizacao-ou-despenalizacao/>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

RAMALHO, Renan. *Relator vota por descriminalizar porte de drogas ministro pede vista*. G1, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/08/relator-vota-por-descriminalizar-porte-de-drogas-e-ministro-pede-vista.html>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

RESUMO do voto do relator RE 635.659 STF. Plataforma Brasileira de Política de Drogas. 2015. Disponível em: <<http://pbpd.org.br/wordpress/?p=3518>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

SEGATTO, Cristiane. A conta salgada da maconha doce, *Revista Época*, São Paulo, n.897, p.54-55, ago. 2015.

SUBCOMIÇÃO busca referências em outros países. Revista Em Discussão, Brasília, n.8, ano 2, p.78-80, ago.2011.

RECEBIDO EM: 31/08/2016

ACEITO EM: 26/09/2016
